

Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social

Autor: José Antonio Savaris

Juiz Federal, Doutor em Direito da Seguridade Social (USP), Professor do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da Univale

publicado em 28.02.2012

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Resumo

O presente trabalho busca formular diretriz específica para os processos que têm como objeto o direito de proteção social, noção que no texto é correspondente à de seguridade social. Identifica a fundamentalidade do direito à proteção social. Demonstra a inadequação do paradigma processual do modelo liberal-individualista para a satisfação dos direitos fundamentais sociais de proteção, que ilude o direito fundamental à adequada prestação jurisdicional quando desconsidera a eficácia vinculante dos direitos fundamentais sociais, deixando de realizá-los integralmente. Valendo-se do método indutivo, o trabalho identifica casos-problemas para demonstrar, a partir do método dedutivo, a inadequação da tradicional concepção de controle jurisdicional dos atos do Poder Público. A partir dessas bases, o artigo identifica, no princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social, a técnica normativa adequada à realização das exigências do direito fundamental ao processo justo e de efetivação dos direitos fundamentais de proteção social.

Palavras-chave: Jurisdição. Proteção social. Direitos fundamentais. Princípio processual. Acerto.

Abstract

This present work searches to formulate specific line of direction for the processes that have as object the right of social protection, notion that in the text is corresponding to the one of social security. It identifies the nature fundamental of the social protection. It shows the inadequacies of the liberal-individualist paradigm of procedural to attempt the basic rights to social protection, that deludes the basic right to adequate jurisdictional protection when it disrespects binding effectiveness of the basic social rights, leaving to carry through them integrally. Using itself the inductive method, the work identifies cases to demonstrate, from the deductive method, the error of the traditional conception of jurisdictional control of the legitimacy of the Power Public. From theses bases, the article identifies the principle of the primacy of the judicial adjustment of the legal relation of social protection as the adjusted normative technique to the accomplishment of the requirements of the basic right to a fair trial and the basic rights of social protection.

Keywords: Jurisdiction. Social protection. Basic rights. Procedure principle. Adjustment.

Sumário: Introdução. 1 Função jurisdicional e o Direito Fundamental de Proteção Social. 2 Função Jurisdicional como estrita revisão da legalidade dos atos administrativos. 2.1 O problema do direito superveniente à tutela administrativa. 2.2 A concepção da função jurisdicional de controle do ato administrativo a partir de uma perspectiva de efetividade processual. 3 A concepção da função jurisdicional de acerto da relação jurídica de proteção social. 3.1 Alegações inéditas em juízo e o problema do interesse

de agir. 3.2 Alegações inéditas em juízo e o problema do termo inicial dos benefícios. 3.3 Princípio da primazia do acertamento e sua relação com o princípio dispositivo. Considerações finais. Referências das fontes citadas.

Introdução

A crescente afirmação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais passa por um olhar crítico para o paradigma processual do modelo liberal-individualista.

A percepção de que na contemporaneidade importa sobremaneira a efetiva realização dos direitos coloca em questão o dever de proteção dos direitos fundamentais mediante o exercício da função jurisdicional.⁽¹⁾

Percebe-se, contudo, uma inteira diferença ao surgimento de novos ramos do direito, de direitos novos e inovadores, que são maltratados por uma concepção processual de teleologia civilista.⁽²⁾ Corolário dessa distorção, os problemas mais intrincados da tutela jurisdicional de proteção social culminam por encontrar soluções incongruentes que esvaziam, ainda que parcialmente, o conteúdo do direito material que se busca satisfazer.

O direito fundamental à proteção social demanda instrumentos processuais idôneos para que seja realizado de modo adequado. Disso decorre sua íntima conexão com o direito fundamental a um processo justo, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir resultados justos.⁽³⁾

O presente trabalho formula diretriz específica para os processos que têm como objeto o direito de proteção social. Um estudo que guarda o propósito de revelar um princípio processual somente se faz possível por meio de constante observação do real em suas manifestações fenomenológicas.⁽⁴⁾ Por tal razão, a identificação dos problemas que geralmente são apresentados nos processos concernentes ao direito de proteção social foi elaborada mediante o emprego do método indutivo.

Já para a formulação do particular princípio foi utilizado o método dedutivo, pelo qual se intenta demonstrar sua pertinência ao sistema processual constitucional, seu alcance e o dever de sua aplicação.

Tendo como fio condutor a vinculação da atividade judicial à efetiva tutela do direito de proteção social, esta investigação assume uma perspectiva garantista no sentido de que propõe, mediante o **princípio da primazia do acertamento**, técnica normativa direcionada a assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade da tutela dos direitos.⁽⁵⁾

No desenvolvimento do presente estudo, são analisadas, inicialmente, a fundamentalidade do direito de proteção social e as condicionantes para que sua realização judicial se opere mediante o que se considera um processo justo.

Em um segundo momento, é realizado exame crítico das concepções de função jurisdicional afeta às demandas contra o Poder Público em tema de proteção social, quando se formula o **princípio da primazia do acertamento judicial da relação jurídica de proteção social** como o critério orientador da justiça de proteção social.⁽⁶⁾ Tanto as insuficiências dos paradigmas criticados quanto as garantias oferecidas pelo fundamento ora proposto têm, como pano de fundo, a análise de casos-problemas que rotineiramente desafiam a jurisdição de proteção social. Com efeito, a incompletude da dogmática processual para a satisfação dos direitos fundamentais sociais constitui a premissa de que parte o princípio orientador da justiça de proteção social que se propõe neste texto.

A parte final do texto explora o alcance do **princípio da primazia do acertamento judicial**, permitindo não apenas avançar em seu estudo e sua compreensão, mas perceber sua relação funcional com outros princípios processuais e sua potencialidade para a realização dos direitos

fundamentais sociais de proteção.

1 Função jurisdicional e o direito fundamental de proteção social

O conceito de proteção social pode ser compreendido a partir da distinção entre dois grandes tipos de proteção: a proteção civil e a proteção social. A primeira garante as liberdades fundamentais e assegura os bens e as pessoas no contexto de um Estado de Direito. A última oferece cobertura contra os principais riscos suscetíveis de gerar uma degradação da situação dos indivíduos.

A insegurança social consiste em o indivíduo estar à mercê de eventos que comprometem sua capacidade de assegurar, por si próprio, sua independência social. Com efeito, os chamados riscos sociais – como a doença, o acidente, o desemprego, a cessação de atividade em razão da idade, a miséria daquele que não pode mais trabalhar – colocam em questão o pertencimento social do indivíduo que somente pode tirar do seu salário os meios de subsistência.**(7)**

É justamente a vulnerabilidade dos indivíduos em face dos riscos sociais que reclama a elaboração e a implementação de políticas públicas de segurança social. Essas políticas públicas consubstanciam ações coordenadas de proteção dos indivíduos frente aos diferentes estados de necessidade, assegurando-lhes condições dignas de subsistência em meio a tais adversidades.**(8)**

Para o presente estudo, a noção de proteção social corresponde aos mecanismos institucionais que são articulados para reduzir e superar os riscos sociais, assegurando, de modo universal, segurança econômica contra as circunstâncias inevitáveis que afetam a subsistência e o bem-estar dos indivíduos e de suas famílias. Essa noção aproxima-se, portanto, da principal política de proteção social consagrada constitucionalmente, a seguridade social (CF/88, art. 194).**(9)**

Os direitos de proteção social – que para os fins do presente artigo têm seu núcleo, portanto, nos direitos à saúde, à assistência e à previdência social – constituem direitos fundamentais por excelência.**(10)**

A ideia de proteção social é intimamente vinculada aos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da justiça social. Enquanto política social, isto é, política pública voltada para a concretização de direito social, a seguridade social tem como elemento constitutivo a igualdade material, guardando potencialidade de propiciar subsistência digna com desenvolvimento humano e social.

Mas esse constitucionalismo social não será jamais realizado se a segurança social se operar apenas de modo parcial e, portanto, insuficiente.**(11)** A exigência de proteção adequada ou integral hospeda a imposição de que a função jurisdicional se desenvolva de modo a assegurar o direito material em todo o seu significado e em toda sua extensão. Para tanto, deve satisfazer o direito de proteção social de modo tão célere quanto possível, fazendo coincidir a cobertura social com o imediato momento em que surge a necessidade – e o respectivo direito.**(12)** Em outras palavras, é necessário que “o resultado do processo judicial corresponda, o máximo possível, à atuação espontânea do ordenamento jurídico”, aproximando-se, desse modo, do efeito que manifestaria a satisfação espontânea (imediata) do direito.**(13)**

Em razão da eficácia normativa do direito fundamental ao processo justo **(14)** e da fundamentalidade dos direitos de proteção social, a legitimidade da função jurisdicional encontra-se inafastavelmente vinculada à plena realização desses direitos fundamentais. Com efeito, “ou a Constituição vale como um todo, vinculando todos os poderes públicos, ou nada vale”, de modo que “não se pode conceber Constituição destituída da pretensão de efetivar-se. Essa pretensão deixa o intérprete comprometido, desde logo, com soluções interpretativas que resguardecem a força normativa do

comando constitucional".(15)

No âmbito da atuação jurisdicional é que, talvez, mais significativamente repercute essa força especial dos direitos fundamentais, caracterizada, basicamente, pela combinação do caráter hierarquicamente superior das normas jusfundamentais, com a sua aplicabilidade imediata, que torna legítimas todas as soluções compatíveis com elas, independentemente de texto legal (infraconstitucional).(16)

Pela eficácia normativa do devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV) e, mais especificamente, do direito fundamental a uma ordem jurídica justa (CF/88, art. 5º, XXXV), exige-se que a jurisdição de proteção social, tanto quanto seja necessário à satisfação do direito material, se opere sem a adoção absolutamente vinculante dos institutos do processo civil clássico.(17)

É justamente a necessidade de alinhamento da função jurisdicional às particularidades da pretensão de direito material que justifica a afirmação de princípio processual que, oferecendo coerência material às decisões judiciais, propicie resposta adequada às exigências do direito fundamental ao processo justo e se preste ademais como efetivo instrumento de tutela dos direitos fundamentais de proteção social.

2 Função jurisdicional como estrita revisão da legalidade dos atos administrativos

Há uma difundida concepção de função jurisdicional de que a tutela dos direitos subjetivos em face do Poder Público passa necessária e exclusivamente pelo controle da legalidade dos atos administrativos.

De um certo modo, essa tradicional maneira de visualizar a função jurisdicional deriva de uma percepção restritiva do *judicial review*.(18) Ela pressupõe que a atuação judicial se opera tão somente em uma dimensão revisora na qual o reconhecimento do direito alegado é condicionado à invalidação do ato estatal que lhe é contraposto.

Segundo esse entendimento, em se tratando de pretensão judicialmente deduzida contra o Poder Público, a satisfação do direito material reivindicado está condicionada ao reconhecimento da ilegitimidade do ato derivado da função administrativa.(19) Desde esse ângulo, não apenas o controle jurisdicional se operaria, necessariamente, a partir da violação de direitos por abuso ou erro administrativo na aplicação da lei, mas a satisfação dos direitos do indivíduo seria produto ou consequência da invalidação do ato administrativo.(20)

Ora, a vinculação do direito à invalidação da ação administrativa apenas tem sentido – e isso é capital – em uma concepção de Estado de Direito exclusivamente preocupada com a liberdade jurídica, a qual “tinha uma orientação de bloqueio – interpretação de bloqueio – conforme princípios de legalidade e estrita legalidade como peças fundantes da constitucionalidade”.(21)

Esse pensamento acarreta elevado grau de irracionalidade jurídica quando aplicado à jurisdição de proteção social, pois a emergência do constitucionalismo social faz necessário superar a “hermenêutica de bloqueio para a hermenêutica de ‘legitimação de aspirações sociais’”.(22)

A concepção de função jurisdicional enquanto **estrita revisão judicial da legalidade do ato administrativo** reduz, de modo inaceitável, o dever jurisdicional de proteção e de realização dos direitos fundamentais sociais. A tutela dos direitos fundamentais, como se verá a seguir, exige mais da função jurisdicional do que o exame de submissão do ato administrativo à legalidade. Dada a força vinculante dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, a função jurisdicional deve ser identificada fundamentalmente como modalidade de proteção jurídica assegurada pelo Estado à efetiva realização desses direitos de superior dignidade.(23)

2.1 O problema do direito superveniente à tutela administrativa

A inadequação da função jurisdicional restrita à **revisão judicial da legalidade do ato administrativo** pode ser observada mediante análise de problemas que diuturnamente são objeto da jurisdição de proteção social.

Imagine-se hipótese em que a pessoa teve indeferido benefício previdenciário na esfera administrativa ao fundamento de ausência de incapacidade para o trabalho.**(24)** Três anos depois, ela ingressa em juízo requerendo a concessão do benefício em questão com efeitos retroativos à data do requerimento administrativo, ao argumento de que desde então fazia jus à prestação previdenciária reivindicada.**(25)** A prova pericial aponta para a existência da incapacidade para o trabalho, mas nega que ao tempo do requerimento administrativo a parte se encontrava nessa condição, fixando a data do início da incapacidade para seis meses após a negativa da tutela administrativa (dois anos e meio antes do ajuizamento da ação judicial, portanto).

Em uma tal situação, a concepção da função jurisdicional enquanto **estrita revisão judicial da legalidade do ato administrativo** recomendaria a rejeição do pedido de proteção previdenciária, ao fundamento de que o ato administrativo denegatório revela-se juridicamente incensurável. Isso está a demonstrar que, se condicionada à ilegalidade do ato administrativo, a outorga judicial de proteção social oferece um resultado injusto, propiciando denegação de proteção social a pessoa necessitada, embora evidenciada a existência do direito.

Essa concepção de função jurisdicional não oferece, portanto, resposta satisfatória à questão do direito de proteção social superveniente à tutela administrativa. Por conseguinte, não é adequada para assegurar o direito fundamental ao processo justo ou para a devida realização de direito fundamental social.

2.2 A concepção da função jurisdicional de controle do ato administrativo a partir de uma perspectiva de efetividade processual

Se o insumo teórico adotado culmina por oferecer um resultado processual inaceitável, seja por iludir o direito fundamental à adequada prestação jurisdicional, seja por desconsiderar a eficácia vinculante do direito fundamental social, é necessário encontrar uma distinta base de partida que não deságue em uma incoerência de tal grau.

Um caminho de fuga dessa irracionalidade pode ser identificado nas considerações feitas em nome de princípios como da economia e da instrumentalidade processual que culminam por reconhecer, ainda que parcialmente, a existência do direito à proteção social. Colocando ênfase sobre os resultados esperados de um processo judicial, essa perspectiva de teor pragmático **considera a ação judicial, por ficção, um novo requerimento administrativo** – ou, mais apropriadamente, uma nova postulação em face do Estado.

Trata-se de perspectiva que, ainda se movendo no paradigma da **revisão da legalidade do ato administrativo**, distancia-se da concepção da função jurisdicional enquanto **estrita revisão judicial da legalidade do ato administrativo**, na medida em que reconhece a possibilidade de convivência entre a satisfação do direito e a legalidade do ato administrativo.**(26)**

Com esse artifício orientado às exigências de efetividade processual, já não mais se estaria a perquirir exclusivamente sobre a legalidade do ato administrativo que originariamente indeferiu o requerimento de benefício da seguridade social, viabilizando-se o reconhecimento de direito superveniente à tutela administrativa. Com isso torna-se possível a

outorga de proteção judicial em juízo mesmo para os casos em que o ato administrativo de indeferimento é reputado legítimo.

Essa saída de conveniência, contudo, não atende as exigências levantadas pela justiça de proteção social, pois, como se passa a demonstrar, ela não impede o sacrifício de parcela de direitos fundamentais, revelando-se inapta à sua efetivação, portanto.

Com efeito, para o caso exposto anteriormente, o **pensamento pragmático da função jurisdicional com vistas à sua efetividade** recusaria tornar inócuo ou irracional o resultado da prestação jurisdicional, a ponto de negar a satisfação de direito fundamental social a quem inegavelmente faz jus.

Mas, ao justificar o reconhecimento do direito fundamental social pela **ficção da ação judicial como novo requerimento administrativo**, esse caminho de fuga não logra realizar a proteção previdenciária em sua devida extensão, por uma singela razão: embora indicasse o reconhecimento do direito ao recebimento do benefício previdenciário, porque verificado o cumprimento dos requisitos para a proteção social pleiteada, mas fixaria o termo inicial do benefício na data do ajuizamento da ação.(27)

Isso implica desconsiderar, porém, a injusta privação de recursos materiais para subsistência em relação ao interregno compreendido entre o momento em que foram atendidos todos os pressupostos para a concessão do benefício e a data do ajuizamento da ação.(28) Esse vazio de proteção social, consistente na ausência de realização do direito à proteção em sua integral extensão, revela a incorreção desse pensamento pragmático.

Essa concepção tem o mérito de oferecer alternativa às irracionalidades da concepção da função jurisdicional enquanto **estrita revisão judicial da legalidade do ato administrativo**, mas tampouco se presta como idôneo instrumento de concretização do direito a uma adequada tutela jurisdicional ou como princípio processual de efetivação dos direitos fundamentais sociais.(29)

A constatada ineficácia processual para a satisfação dos direitos fundamentais sociais, tanto quanto a ausência de uma diretriz que resolva de modo congruente o problema do direito superveniente à tutela administrativa, já demonstra a importância da identificação de princípio processual que assegure o direito a um processo justo, atendendo a exigência de realização dos direitos fundamentais de proteção social.(30)

3 A concepção da função jurisdicional de acerto da relação jurídica de proteção social

A limitação da função jurisdicional à **revisão da estrita legalidade do ato administrativo** reduz a possibilidade de realização do direito à seguridade social, pois a precedência não é posta na avaliação da existência ou não do direito material reivindicado, mas na análise da correspondência do ato administrativo à legalidade.

Tampouco a pragmática **ficção da ação judicial como novo requerimento administrativo** atende integralmente as exigências do direito fundamental ao processo justo em sua dimensão realizadora dos direitos fundamentais sociais, pois com ela não se compromete.

A presente seção destina-se a demonstrar que a resposta processual adequada aos problemas da jurisdição de proteção social repousa fundamentalmente no **princípio da primazia da função jurisdicional de acerto da relação jurídica de proteção social**, doravante denominado **princípio da primazia do acerto**.

Assumindo a premissa de que as sentenças manifestam eficácias distintas

e uma delas se mostra preponderante, alcança-se o pensamento de que, qualquer que seja a eficácia preponderante da decisão, sempre se encontrará um elemento declarativo que define a existência – ou não – da relação jurídica que atribui à parte o direito discutido.(31)

Uma determinada carga de declaração é, com efeito, elemento constitutivo de toda sentença.(32) Esse componente declarativo corresponde ao que Chiovenda denominava *accertamento*, no qual o mestre italiano via a mais “elevada função” do processo.(33)

Encontra-se na criação da certeza jurídica mediante o accertamento da relação jurídica de proteção social a primordial finalidade da função jurisdicional dos direitos fundamentais sociais – e não na revisão do controle da legalidade do ato administrativo.

Por essa razão é que a função jurisdicional de accertamento ou definição da relação jurídica de proteção social tem prioridade ou precedência sobre a função jurisdicional enquanto revisão judicial da legalidade do ato administrativo.

Correspondendo às exigências do direito fundamental à adequada tutela jurisdicional e constituindo idôneo instrumento de efetivação dos direitos fundamentais sociais, essa relação de precedência (do accertamento da relação jurídica sobre o controle da legalidade) revela-se como genuíno princípio processual das ações em que se busca proteção social.

Segundo o **princípio da primazia do accertamento**, o que realmente importa é a definição da relação jurídica de proteção social. Para tanto, deve-se perquirir sobre a eventual existência de direito e determinar sua realização nos precisos termos a que a pessoa faz jus. Essa perspectiva não admite o sacrifício de direito de proteção social, daí por que considerar inaceitável sua mutilação mediante supressão de parcelas que o constituem.

De acordo com a **primazia do accertamento**, é insustentável a recusa judicial de satisfação de direito fundamental ao argumento de que o ato administrativo indeferitório se encontra em consonância com a legalidade. Muito mais do que realizar o controle da legalidade do ato administrativo, o exercício da função jurisdicional deve comprometer-se com o accertamento da relação jurídica de proteção social e, por consequência, com a integral defesa, a promoção e a realização desses direitos fundamentais.

Deve-se atentar que, na perspectiva da efetivação dos direitos fundamentais de proteção social, as duas modalidades de tutela (administrativa e jurisdicional) não são dicotomicamente antagônicas, mas se encontram em um *continuum* voltado à mais efetiva proteção jurídica desses direitos pelos poderes públicos.(34)

A ênfase colocada no dever institucional de satisfação dos direitos de proteção social pelas funções estatais conduz-nos a perceber a garantia de uma dupla instância de efetivação desses direitos. A primeira instância se encontra a cargo das funções legislativa e executiva (administrativa), que, para os específicos propósitos deste texto, se encontra na tutela administrativa (análise administrativa da existência do direito). A instância administrativa tem como marca a provisoriedade, passível que é de ser revisada ou substituída pela atividade jurisdicional, que corresponde à segunda instância de efetivação, de caráter supletivo e que traz como nota fundamental a definitividade.(35)

Mediante o fundamento da vinculação institucional aos direitos fundamentais sociais, o **princípio da primazia do accertamento** propõe-se a oferecer resultados aderentes às exigências dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no caso concreto.

Percebe-se, assim, a necessidade de superação da concepção consoante a

qual a satisfação judicial do direito fundamental à proteção social está condicionada à ilegalidade do ato administrativo. Constituem questão de menor importância os motivos pelos quais determinado direito não foi reconhecido na esfera administrativa.(36) Uma vez provocada a tutela administrativa, a recusa de proteção abre espaço para que se busque o acerto mediante intervenção jurisdicional. Em juízo, identificada a existência de direito fundamental social, o **princípio da primazia do acerto** impõe sua satisfação em toda amplitude, isto é, conduz à definição da relação jurídica de proteção social, mediante a outorga da prestação devida nos estritos termos a que a pessoa faz jus. Isso significa tratar com seriedade todas as parcelas constitutivas do direito fundamental que se encontra em discussão e, em última análise, significa levar a sério uma Constituição que consagra direitos sociais.

A conclusão a que se chega a partir da **primazia do acerto** é a de que o direito à proteção social, particularmente nas ações concernentes aos direitos prestacionais de conteúdo patrimonial, deve ser concedido na exata expressão a que a pessoa faz jus e com efeitos financeiros retroativos ao preciso momento em que se deu o nascimento do direito.(37)

Já é possível deduzir, assim, que o **princípio da primazia do acerto** oferece ao problema anteriormente explorado a seguinte resposta: é devida a outorga da proteção social com efeitos retroativos ao momento em que foram aperfeiçoados os pressupostos legais para sua concessão (quando se instaurou o conteúdo obrigacional), ainda que essa circunstância tenha ocorrido posteriormente ao término da tutela administrativa.

No diagrama da **primazia do acerto**, o reconhecimento do fato superveniente prescinde da norma extraída do art. 462 do CPC, pois o **acerto** determina que a prestação jurisdicional componha a lide de proteção social como ela se apresenta no momento da sua entrega. Por outro lado, é menor o alcance dessa norma processual civil, pois faz referência a fatos supervenientes à propositura da ação – e não a fatos supervenientes ao encerramento da tutela administrativa (momento anterior).

Justificada a aplicação do **princípio da primazia do acerto** às questões ligadas ao direito superveniente à tutela administrativa, torna-se importante expressar, ainda quanto a essa temática, um importante desdobramento lógico: o poder/dever de acerto da relação jurídica de proteção social levando-se em consideração fato superveniente à tutela administrativa – chamados à existência antes ou depois do ajuizamento da ação – tem espaço igualmente em relação a outras prestações da seguridade social, como as aposentadorias espontâneas (aposentadoria por idade, especial e por tempo de contribuição).(38)

A única ressalva é a de que as aposentadorias espontâneas orientam-se pelo princípio da proteção social mais efetiva em uma perspectiva de que é direito do segurado optar pelo benefício mais vantajoso. Compreendendo-se o direito à cobertura mais benéfica como elemento constitutivo da relação de proteção, conclui-se que deve o juiz garantir ao segurado a faculdade de entrar em gozo de benefício em um determinado marco temporal (quando nascido o direito), desde quando pode ser identificado o momento que atribui a prestação mais eficaz ou vantajosa.

3.1 Alegações inéditas em juízo e o problema do interesse de agir

Demonstrou-se acima a insuficiência do paradigma da função jurisdicional de controle do ato administrativo – quer em sua versão radical, quer em sua versão pragmática – e como se revela inaceitável essa concepção de função jurisdicional na medida em que constitui o insumo teórico de decisões judiciais sonadoras de direitos fundamentais sociais.

De outra parte, a formulação do princípio da **primazia do acerto**

foi justificada na força vinculante dos direitos fundamentais, do direito à tutela jurisdicional adequada, inclusive. Foi ainda demonstrado que a aplicação desse princípio leva à plena efetivação dos direitos de proteção social porque reverencia a especificidade da lide em que se discute a satisfação desses direitos, alcançando resultados compatíveis com a exigência de máxima proteção dos direitos fundamentais.

Nesta seção pretende-se analisar outro problema da jurisdição de proteção social que apenas é adequadamente solucionado na perspectiva da função jurisdicional de acerto da relação jurídica de proteção social – e não, definitivamente, na perspectiva da função jurisdicional de controle do ato administrativo.

Resgatemos, antes, uma premissa fundamental: a função jurisdicional dos direitos fundamentais de proteção social não deve olhar com proeminência para o ato administrativo que se contrapõe ao direito pleiteado pelo particular. A ênfase não deve ser posta no controle do ato do Poder Público ou em como restou formalizada a tutela administrativa. Por uma questão de respeito aos direitos fundamentais, orientando-se por uma noção de justa medida de proteção social, as luzes devem ser direcionadas ao acerto da relação jurídica, o que implica investigar o que realmente importa: se o direito social pretendido existe e qual sua real extensão.

Coloca-se sob exame caso de natureza previdenciária que oferece à jurisdição de proteção social duas questões, ambas relacionadas à circunstância de serem apresentados, em juízo, novas alegações ou novos elementos de prova. A primeira relaciona-se ao interesse de agir em se buscar a tutela jurisdicional previdenciária, objeto de estudo específico desta seção.⁽³⁹⁾ A segunda corresponde ao que pode ser denominado problema da data de início dos benefícios concedidos judicialmente, que será analisado na seção seguinte.⁽⁴⁰⁾

Suponha-se pretensão judicial de concessão de benefício de aposentadoria que foi indeferido sob fundamento de insuficiência de tempo de contribuição. O conjunto probatório, enriquecido com elementos de prova que não constavam do processo administrativo, aponta para o fato de que o direito existia ao tempo em que foi pleiteado administrativamente. Suponha-se ainda que os elementos de prova apresentados apenas em juízo prestaram-se a comprovar circunstância fática (alguns anos de trabalho em condição de assalariado informal, por exemplo) que não teria sido ventilada na esfera administrativa.

A ideia de que a função jurisdicional restringe-se ao controle da legalidade do ato administrativo pode conduzir ao pensamento de que, em uma situação como a exposta acima, não se encontra presente o interesse de agir. Seu fundamento é o de que, a rigor, a Administração Previdenciária, quando da análise do requerimento administrativo, não recusou a contagem do tempo de contribuição alegado de modo inédito em juízo.⁽⁴¹⁾

A concepção da **função jurisdicional de estrito controle da legalidade do ato administrativo** pode, com efeito, hospedar o raciocínio de que a impugnação judicial de um ato administrativo – para quem ainda concebe que o que se busca em juízo é a invalidação do ato administrativo, e não a tutela de direito fundamental – somente encontra lugar quando restrita aos termos em que formalizada a pretensão na via administrativa. O acesso à justiça estaria condicionado à existência de uma correlação entre as questões de fato e de direito debatidas previamente na esfera administrativa e aquelas submetidas à revisão do Judiciário.⁽⁴²⁾

Na perspectiva da **primazia do acerto**, desde que prestada a tutela administrativa e analisado o direito previdenciário reivindicado em juízo, abre-se espaço para a atuação jurisdicional de definição da relação jurídica de proteção social. Aqui, uma vez mais, invoca-se a relação de precedência do acerto da relação jurídica sobre o estrito controle da legalidade. O que importa é definir a relação jurídica de proteção social, e

não investigar se uma determinada circunstância fática foi ou não apreciada originariamente pela Administração Pública. Os olhos devem voltar-se para a pessoa – presumivelmente destituída de recursos para subsistência – *vis-à-vis* o direito de proteção social que reivindica, de modo a afastar-se a crise de incerteza acerca da relação jurídica.(43) É necessário decidir a sorte de quem busca proteção social antes de recusar a prestação jurisdicional ao argumento formalista de supressão da instância administrativa (argumento esse que se presta, por vezes, como véu do propósito de desafogar a máquina judiciária).(44)

Embora o **princípio da primazia do acerto** constitua fundamento suficiente para a superação do óbice processual de falta de interesse de agir, deve-se reconhecer que sua conexão com outros princípios processuais fortalecem a argumentação.(45) Nesse sentido, parece evidente sua vinculação com o direito de acesso à justiça, com a lógica da primazia da realidade sobre a forma(46) e com os princípios da economia, da instrumentalidade e da efetividade processuais.(47)

Para além disso, o **princípio da primazia do acerto** é confortado por outro princípio processual que rege especificamente as lides de proteção social. Trata-se do princípio que consagra o **direito de proteção judicial contra lesão implícita a direito** – ou **contra lesão por omissão**. Em face da grande complexidade dos mecanismos de proteção e da respectiva legislação, os indivíduos não se encontram em situação de tomar decisões de forma informada e responsável, tendo em conta as possíveis consequências.(48) Por essa razão, a Administração guarda o dever fundamental de prestar as informações necessárias para que o cidadão possa gozar da proteção social a que faz jus.(49) Há também um dever fundamental de conceder, como já assinalado, a devida proteção social.(50)

A partir dessas noções elementares, pode-se sustentar que, toda vez que a Administração Previdenciária deixa de orientar o segurado acerca de seus direitos e não avança para conhecer sua realidade, acarretando, com tal proceder, a ilusão do direito à devida proteção social (direito à mais eficaz proteção social), ela, ainda que de modo implícito, opera, por omissão, verdadeira lesão a direito.

Portanto, com fundamento no **princípio da primazia do acerto**, bem como nos princípios processuais que lhe são correlatos, conclui-se que a parte detém interesse de agir para buscar a concessão do benefício pretendido, ainda que alegue em juízo circunstância fática distinta daquelas apuradas na esfera administrativa.

3.2 Alegações inéditas em juízo e o problema do termo inicial dos benefícios

Coloca-se em análise a problemática concernente ao termo inicial de benefícios concedidos judicialmente a partir de elementos de prova não apresentados na esfera administrativa – o que poderia significar alegação de fato deduzida de modo inédito em juízo.

Em relação ao caso objeto de consideração, a **concepção da função jurisdicional de estrita revisão da legalidade do ato administrativo** orientará que o ato administrativo que indeferiu a prestação previdenciária não pode ser considerado ilegal, uma vez que, diante do conjunto probatório, outra coisa não poderia fazer o agente público que não recusar a proteção social pelo não cumprimento dos requisitos legais.(51)

De outro lado, a **concepção da função jurisdicional de controle do ato administrativo a partir de uma perspectiva de efetividade processual** sustentará que a não alegação de determinada circunstância fática na esfera administrativa – ou que a apresentação de documentos substanciais apenas em juízo – não prejudica o reconhecimento do direito à prestação previdenciária, mas o início do gozo será fixado na data do ajuizamento da ação, e não na data do requerimento administrativo (dada

a pressuposta legitimidade do ato indeferitório).(52)

Como, em última análise, é confundida a ocasião do nascimento do direito com o momento em que se considera comprovado o respectivo fato constitutivo, a **saída pragmática da revisão da legalidade** se enreda em uma aporia: não raro o fato constitutivo do direito é comprovado apenas durante a audiência de instrução e julgamento, ou mediante novos documentos juntados com o recurso, ou ainda após a realização de diligências determinadas pela instância recursal.

Não é preciso muita imaginação para se projetar que, abertas assim tantas possibilidades temporais de comprovação do fato constitutivo do direito, a saída pragmática que busca salvar a utilidade do processo, antes de consagrar respeito a direito fundamental, revela sua inconsistência e se abre a um decisionismo que – qualquer coisa menos o correto – vincula a data de início da proteção social ao aleatório momento em que realizado o ajuizamento da ação, ou a citação (quando a entidade requerida teria ciência da pretensão escudada em novas circunstâncias), a audiência de instrução e julgamento, a sentença (como se o ato judicial constituísse o direito), a interposição de eventual recurso, ou ainda a sessão de julgamento da instância recursal.(53)

Essa linha de pensamento constitui fruto irreflexivo da prática judicial, manifestando inegáveis sinais de arbítrio do Poder Judiciário, próprio de um modelo que se pode considerar autoritário.(54) Ora, uma coisa é o cumprimento de todos os requisitos em lei para a outorga da proteção social. Outra coisa, bastante distinta, é o momento em que o titular de um direito logra demonstrar sua existência.

Na perspectiva da **primazia do acerto**, inexistente sentido em se definir a existência do direito ou a medida em que é devida a proteção social a partir do modo como restou formalizado o processo administrativo que culminou com resposta insatisfatória ao cidadão. O que importa é a definição de relação jurídica de proteção social e, a partir dela, a entrega à parte do bem da vida nos precisos termos a que faz jus.(55) Saber se a parte tem o direito e desde quando tem o direito é o alvo principal da função jurisdicional. É menos importante saber se o ato administrativo, ao fim e ao cabo, era legítimo. Como se desenrolou o processo administrativo e que documentos dele constaram formalmente constituem questões laterais, de menor interesse.

A resposta do princípio da **primazia do acerto** à questão proposta não será outra, portanto, que não a outorga da proteção judicial na medida em que o segurado faz jus, isto é, a concessão da aposentadoria pretendida com efeitos financeiros desde a formalização do requerimento administrativo.

É importante agregar, por outro lado, que também aqui o **princípio da primazia do acerto**, conquanto suficiente para a solução do problema proposto, mantém relação funcional com os princípios da realidade sobre a forma(56) e da proteção judicial contra lesão implícita a direito,(57) circunstância que corrobora a solução por ele apontada.

3.3 Princípio da primazia do acerto e sua relação com o princípio dispositivo

O princípio dispositivo consagra a ideia de que a busca pela satisfação dos direitos materiais encontra-se na esfera de disponibilidade dos indivíduos. Em decorrência dessa noção fundamental e igualmente como consequência do princípio da imparcialidade judicial, em regra não se admite o funcionamento *ex officio* dos órgãos jurisdicionais. Assim é que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando invocada pela parte (CPC, art. 2º).

Também como derivação do princípio dispositivo pode ser percebido o princípio da congruência ou adstrição da sentença ao pedido, segundo o

qual o juiz deve decidir a lide nos termos em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas pelas partes (CPC, arts. 128 e 460).

Que a jurisprudência trabalha com a relativização do princípio da adstrição da sentença em matéria de proteção social não cabem dúvidas. A título ilustrativo, encontra-se atualmente sedimentado o pensamento de que não constitui julgamento *extra* ou *ultra petita* aquele que, em razão da incapacidade laboral comprovada, concede benefício da seguridade social distinto daquele pleiteado na petição inicial.(58)

Para além disso, a “relevância social da matéria” consubstancia o fundamento em função do qual “é lícito ao juiz, de ofício, adequar a hipótese fática ao dispositivo legal pertinente à concessão de benefício previdenciário devido em razão de acidente de trabalho” (REsp 541.695). (59) De outra perspectiva, “O juiz, de acordo com os dados de que dispõe, pode enquadrar os requisitos do segurado a benefício diverso do pleiteado, com fundamento nos princípios *Mihi factum dabo tibi ius* e *jura novit curia*” (AgRg no AG 1.065.602).(60)

Outra coisa não se tem aqui senão a adoção de soluções processuais adequadas à relação jurídica de proteção social, como resposta à força vinculante do princípio constitucional do devido processo legal e dos direitos fundamentais que se buscam satisfazer judicialmente.

Perceba-se que o **princípio da primazia do acerto** presta-se suficientemente como matriz teórica legitimadora desse posicionamento, mesmo porque a aplicação desse princípio conduzirá o magistrado a indagar sobre fatos não suscitados originariamente pelas partes e a assumir seus poderes de instrução com vistas à verdade real e à justa definição da proteção social para o caso.(61)

Desde que as medidas destinadas à definição do direito devido não impliquem tumulto processual, nada impede seja realizado o acerto da proteção social, mediante relativização do princípio da congruência da sentença – do princípio dispositivo, em última análise.(62) A essência do direito fundamental ao devido processo legal consubstancia a garantia de um processo que chegue ao fim em tempo razoável, respeite o contraditório e a ampla defesa e culmine com uma decisão justa.(63)

Considerações finais

Fundada na dignidade da pessoa humana, a Constituição assume como fundamentais diversos objetivos de que somente tem sentido falar a partir de uma perspectiva que visualize a fundamentalidade dos direitos sociais, que desde sua emergência constituem objeto de intensos debates ideológicos.

Embora a Constituição da República consagre como princípios fundamentais da ordem social a justiça e o bem-estar sociais, a discussão acerca do que se considera uma sociedade justa consubstancia verdadeiro campo de batalha entre diversas perspectivas analíticas da teoria política normativa.

Ainda que a perspectiva individual do que se considera justo não deva resultar esvaziamento judicial dos direitos fundamentais sociais, é extremamente importante para a efetivação da proteção social que ela seja percebida como justa, equitativa e eticamente aceitável.(64)

É necessário compreender a justiça social na perspectiva do princípio do Estado Social e reconhecer que toda política social tem como elemento constitutivo a justiça distributiva. Os direitos sociais de proteção prestam-se à igualdade, assegurando muito mais do que o suprimento das necessidades animais de subsistência.(65)

Para se realçar a importância do direito à segurança social, não é raro o

apelo ao argumento de que ela busca atender a “liberdade básica de sobreviver”, combatendo a subnutrição que pode afetar um universo de pessoas vulneráveis e prevenindo que elas passem a vida lutando contra uma doença evitável.(66)

Mas esse argumento corresponde apenas a uma parcela do escopo da proteção social. Para além disso, há uma pretensão de se reconhecer o respeito pela dignidade humana, conferindo-lhe os recursos necessários – dinheiro, serviços de saúde, reabilitação, reeducação – para sua proteção e sua integração comunitária. Há um propósito genuinamente constitucional em romper a lógica da dependência e da passividade da pessoa auxiliada pelos esforços sociais.(67)

Para isso é indispensável reconhecer na proteção social seu papel constitutivo de um desenvolvimento alcançado pela expansão de liberdades substantivas, as quais incluem capacidades elementares que irão contribuir para a capacidade geral de a pessoa viver com mais liberdade, objetivo primordial do desenvolvimento e também seu principal meio.(68)

Essas considerações são feitas com o propósito de despertar nosso senso de justiça para a necessidade de plena efetivação do direito de proteção social.

Não é suficiente que esses direitos sejam previstos na Constituição e tampouco basta outorgar à pessoa vulnerável uma qualquer jurisdição social. É necessário prestar jurisdição com justiça, de modo vinculado à Constituição e à realização do direito fundamental de proteção social em toda sua extensão. Para isso deve-se contextualizar as coisas, compreendendo-se o ser humano necessitado em seu acumulado déficit de bem-estar e a política social em seu objetivo constitucional de fazê-lo realmente independente.

O **princípio da primazia do acertamento** presta-se, nesse sentido, como técnica normativa concretizadora do direito fundamental ao processo justo, tornando possível à função jurisdicional a realização dos direitos de proteção social em toda sua densidade e de acordo com os fundamentos axiológico-normativos de nosso constitucionalismo social.

Referências das fontes citadas

ABRAMOVITCH, Victor; COURTIS, Christian. **El umbral de la ciudadanía**: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BEVERIDGE, Willian. **Full employment in a free society**. London: George Allen and Unwin, 1944.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BIGOLIN, Giovani. O requerimento administrativo e o controle judicial dos benefícios previdenciários. In: ROCHA, Daniel Machado (org.). **Direito Previdenciário e assistência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 49-72.

CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário. Um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CASTELL, Robert. **L'insecurité sociale**: qu'est-ce qu'être protégé? Paris:

La République des Idées et Seuil, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direito Previdenciário e Constituição**. São Paulo: LTr, 2004. p. 25-43.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. In: LEITE, George Salomão et al (coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 325-343.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros. 2004.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. Traduzido por Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: RT, 2006.

_____. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JR., José Alcebiades de (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109.

GONZÁLEZ, Juan Carlos Cortés. **Derecho de la protección social**. Bogotá: Legis, 2009.

GUERRA, Luiz Alberto Petit. **Estudios sobre el debido proceso**: una visión global: argumentaciones como derecho fundamental y humano. Caracas: Paredes, 2011.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: RT, 1999.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Thompson IOB, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Curso de Processo Civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1972. Tomo I.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

NAVAS, Julio Alberto Tarazona; PÉREZ, Jairo Henrique Herrera. **Crisis política, jurídica, social y académica del debido proceso**. Santa Fe de Bogota: Jurídica Nacional, 2010.

PARIJS, Philippe Van. **Refonder la solidarité**. Paris: Du Cerf, 1999.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. Traduzido por Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. 14. reimp.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Daniel Machado. **O direito fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAVARIS, José Antonio. Algumas reflexões sobre a data de início das aposentadorias voluntárias no RGPS concedidas judicialmente. In: **Revista de Previdência Social**, v. 318, p. 422-427, 2007.

_____. **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Direito Processual Previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008.

_____. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para a superação da prática utilitarista. Florianópolis: Conceito, 2011.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Traduzido por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social como direito fundamental material**. Curitiba: Juruá, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Traduzido por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Notas

1. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 25.

2. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Thompson IOB, 2005. p. 109.

3. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 12.

4. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 60.

5. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 2. ed. Traduzido por Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: RT, 2006. p. 21.

6. Neste sentido, o presente esforço é apoiado em uma concepção de que a supremacia da Constituição investe a ciência jurídica não apenas de uma função descritiva, senão crítica e construtiva em relação ao seu objeto: "(...) crítica em relação às antinomias e às lacunas da legislação vigente em relação aos imperativos constitucionais, e construtiva relativamente à introdução de técnicas de garantia que se exigem para superá-

las" (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46). O autor está aqui fazendo referência – e aderindo, no particular – ao pensamento garantista de Luigi Ferrajoli.

7. CASTELL, Robert. **L'insecurité sociale**: qu'est-ce qu'êtré protege? Paris: La République des Idées et Seuil, 2003. p. 5. A abordagem do conceito de proteção social a partir das dicotomias insegurança civil/insegurança social e proteção civil proteção social serve a demonstrar, desde logo, o modo distinto como se tutelam os direitos ligados às liberdades fundamentais – e à propriedade – em relação aos direitos de proteção social. Sobre outro modo de se conceber a articulação da proteção humana integral, vejam-se: GONZÁLEZ, Juan Carlos Cortés. **Derecho de la protección social**. Bogotá: Legis, 2009. p. 2-5. Sobre os inescapáveis efeitos de insegurança social advinda da Revolução Industrial, veja-se: POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. Traduzido por Fanny Wrobel. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. 14. reimp. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

8. Em seu segundo relatório ao governo britânico de 1944, Beveridge definia a segurança social como o “conjunto de medidas adotadas pelo Estado para proteger os cidadãos contra aqueles riscos que se concretizam individualmente que jamais deixarão de configurar-se, por melhor que seja a situação do conjunto da sociedade em que vivam” (BEVERIDGE, William Henry. **Full employment in a free society**. London: George Allen and Unwin, 1944. p. 11).

9. Além dessa vertente de proteção social, objeto central deste estudo, é de se reconhecer como proteção social a consistente na atribuição de proteções e de direitos à própria condição de trabalhador – proteções do direito do trabalho (CASTELL, Robert. **L'insecurité sociale**: qu'est-ce qu'êtré protege? p. 31-32).

10. Sobre a fundamentalidade dos direitos de proteção social, vejam-se: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55 e seguintes. ROCHA, Daniel Machado. **O direito fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 110 e seguintes. SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Seguridade Social como direito fundamental material**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 161 e seguintes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direito Previdenciário e Constituição**. São Paulo: LTr, 2004. p. 25-43.

11. Em outro trabalho, expressamos que o princípio da adequada proteção social abrange as noções de imediatidade, suficiência e especificidade da proteção social (SAVARIS, José Antonio. O princípio constitucional da adequada proteção previdenciária: um novo horizonte de segurança social ao segurado aposentado. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 22, 2008).

12. Quando o indivíduo faz jus à proteção social em momento anterior ao ajuizamento da ação, a realização da cobertura social vinculada ao momento em que nasce o direito à proteção social somente é possível de modo retroativo. Quando o direito nasce no curso da demanda, pelo que se considera fato superveniente (cumprimento superveniente dos pressupostos legais à outorga da proteção social), a exigência de imediatidade pode ser atendida de modo aperfeiçoado (tanto quanto o é a outorga da proteção na via administrativa), pois então é possível fazer coincidir no tempo o nascimento do direito e a sua satisfação.

13. GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: RT, 1999. p. 55.

14. Sobre o direito ao processo justo como direito humano e fundamental absoluto, veja-se o importante estudo de Luiz Petit Guerra (GUERRA, Luiz Alberto Petit. **Estudios sobre el debido proceso**: una visión global: argumentaciones como derecho fundamental y humano. Caracas: Paredes, 2011). Para uma visão crítica da prática jurídica e acadêmica do devido processo, veja-se: NAVAS, Julio Alberto Tarazona; PÉREZ, Jairo Henrique Herrera. **Crisis política, jurídica, social y académica del debido proceso**. Santa Fe de Bogota: Jurídica Nacional, 2010.

15. MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 23. Nesse sentido a lapidar formulação de Konrad Hesse: "Dado que a Constituição pretende ver-se atualizada e, uma vez que as possibilidades e os condicionamentos históricos dessa atualização modificam-se, será preciso, na solução dos problemas, ser dada preferência àqueles pontos de vista que, sob os respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima" (HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 68).

16. GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. p. 52.

17. A partir desse pensamento, tivemos ocasião de sustentar que a lide previdenciária (modalidade de lide de proteção social) apresenta singular configuração e, por isso, deve orientar-se pela eficácia normativa do devido processo legal, o qual, mercê de sua dignidade constitucional, prevalece sobre as disposições processuais civis que ofereçam resposta inadequada ao processo previdenciário, tanto quanto pode suprir eventual ausência ou insuficiência de disciplina legal específica. O marco metodológico e teórico para a pré-compreensão do direito processual previdenciário foi sustentado originariamente em nosso **Direito Processual Previdenciário**. Curitiba: Juruá, 2008.

18. Fundada na supremacia da Constituição, a doutrina do *judicial review* legitimou o controle judicial de constitucionalidade dos atos governamentais, conferindo ao Judiciário o poder de invalidar os atos normativos ou com força de lei que contrariem o sentido da Constituição.

19. Neste sentido: "Quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas. Os conflitos tomam, então, a forma de pleitos judiciais, estabelecendo-se o debate em torno da situação jurídica, de modo que seja possível esclarecer, definir e precisar com quem se acha a razão. Se com o Estado, negando direitos do administrado ou dele exigindo prestações, se com o próprio administrado, quando pede o reconhecimento de direitos, ou se revela insubmisso, **alegando ilegalidade no procedimento administrativo**" (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 133) (destacamos).

20. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. p. 135.

21. CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário. Um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 45-46. É certo, por exemplo, que a defesa contra uma determinada penalidade administrativa pressupõe a invalidação do ato que lhe dá suporte, assim como a declaração de inexistência de relação jurídica tributária depende do reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade da exação.

22. CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário. Um enquadramento teórico, p. 46.

23. É necessário reconhecer os direitos fundamentais dos cidadãos como vínculos funcionais que condicionam a validade jurídica da inteira

atividade do Estado (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. p. 833).

24. Seria igualmente adequado à análise um problema ligado à proteção assistencial.

25. Embora correndo o risco de simplificar demasiadamente a temática, para fins didáticos e especialmente para o desenvolvimento da argumentação, pode-se considerar que um benefício previdenciário é geralmente devido desde a data do requerimento administrativo. É certo que a legislação regente veicula diversas disposições sobre o início do gozo da cobertura previdenciária. Mas é igualmente correto afirmar que o sistema normativo consagra uma lógica subsidiária segundo a qual os benefícios são devidos, em regra, a partir do requerimento administrativo (v.g., Lei 8.213/91, artigos 43, 49 e 60).

26. Observe-se que a concepção da função jurisdicional enquanto **revisão da legalidade do ato administrativo** desdobra-se nas correntes da **estrita revisão judicial da legalidade e do controle do ato administrativo a partir de uma perspectiva de efetividade processual**.

27. Levando em consideração a lógica de que os benefícios previdenciários são, em regra, devidos a partir do requerimento administrativo, o pensamento fundado na **ficção da ação judicial como novo requerimento administrativo** indicaria como solução adequada, assim, o acolhimento parcial do pedido inicial. O ajuizamento da ação seria considerado, nessa perspectiva, como novo requerimento administrativo e, portanto, um novo marco legal determinador do início da concessão do benefício. E essa lógica seria a mesma para todas as hipóteses em que o nascimento do direito de proteção social ocorrer entre o momento da resposta administrativa e o do ajuizamento da respectiva ação judicial.

28. No caso objeto de consideração, percebe-se, a fórmula pragmática da **ficção da ação judicial como novo requerimento administrativo** conduziria à recusa de proteção social previdenciária pelo período de dois anos e meio (período de tempo compreendido entre a data do início da incapacidade, considerada judicialmente, e a data do ajuizamento da ação judicial).

29. Essa concepção pragmática parece conferir prioridade à necessidade de resultados úteis para o processo judicial (utilidade ou efetividade do processo judicial), e não à maximização dos direitos fundamentais. Inadequadamente, confere proeminência ao instrumento de realização do direito material (processo), e não ao direito material em si. É por isso que não tolera o formalismo radical que conduz à negativa judicial de proteção social à pessoa que comprovadamente faz jus. E é também por isso que, nada obstante, considera aceitável o sacrifício de parcelas constitutivas do todo que é um determinado direito de proteção social, banalizando, portanto, violações de direito fundamental.

30. Afinal, "A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material" (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Curso de Processo Civil. v. 1. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 119).

31. MIRANDA, Pontes de. **Tratado das ações**. São Paulo: RT, 1972, Tomo I. § 26. p. 124.

32. Nas palavras de Chiovenda, "Essa reformulação se encontra (já o vimos) também nas sentenças que ordenam ao réu realizar uma prestação a favor do autor (sentenças de condenação). São, por consequência, **também e antes de tudo**, sentenças declaratórias [*mero accertamento*], nas quais a declaração judicial do direito exerce dupla função, a de criar a certeza jurídica e a de preparar a

execução" (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998. p. 260).

33. Esse elemento declarativo constitui o aspecto "mais requintado de puro instrumento de integração e especialização da vontade que é expressa na lei somente em forma geral e abstrata; de facilitação da vida social mediante a eliminação das dúvidas que embaraçam o desenvolvimento normal das relações jurídicas" (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 260-261).

34. Ambas consubstanciam modalidades de garantias institucionais, isto é, mecanismos de tutela dos direitos que são confiados a instituições ou poderes públicos. As garantias institucionais podem ser distinguidas entre garantias políticas, confiadas aos poderes políticos, como o Parlamento e a Administração Pública, e as garantias jurisdicionais (ABRAMOVITCH, Victor; COURTIS, Christian. **El umbral de la ciudadanía**: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. p. 66). A relação jurídica de proteção social tem na esfera administrativa uma primeira arena de tutela do direito fundamental, sempre sujeita ao acerto judicial, que é de caráter definitivo. Esclareça-se que a antecedência da tutela administrativa aqui destacada para demonstrar as premissas em que se fundamenta a perspectiva do acerto judicial de proteção social não se relaciona com a temática da justiciabilidade dos direitos sociais e a consequente possibilidade, que se assume de modo expresso, de se buscar judicialmente a realização de direitos sociais não disciplinados satisfatoriamente pelas instâncias políticas.

35. Aproxima-se dessa concepção a diferenciação entre garantias institucionais primárias, destinadas a especificar o conteúdo dos direitos, estabelecendo as obrigações e responsabilidades pertinentes (em geral a cargo dos poderes políticos), e as garantias institucionais secundárias (em geral as garantias jurisdicionais) destinadas a operar em caso de descumprimento de quem tinha a seu cargo o respeito, a proteção ou a satisfação do direito (ABRAMOVITCH, Victor; COURTIS, Christian. **El umbral de la ciudadanía**: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. p. 66).

36. Com essa asserção não se pretende negar, em termos absolutos, a teoria dos motivos determinantes em matéria de seguridade social. O tema comporta interessante estudo que extrapolaria o objeto da presente investigação. O que se busca expressar, desde logo, é que, em se tratando de direitos fundamentais sociais, a função jurisdicional deve voltar-se para a situação jurídica do interessado à proteção social *vis-à-vis* o direito que pretende. De todo modo, assume-se que, em se tratando de direitos de proteção social, a perspectiva do acerto não vincula o Poder Judiciário às razões que levaram a Administração Pública a recusar determinada pretensão. Assim é que, por exemplo, se administrativamente é negado o fornecimento de medicamento por não estar incluído na lista Rename (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), a superação desse óbice em juízo não assegura, por si só, o acolhimento judicial da pretensão, pois outros pressupostos são exigidos na análise do direito em questão, como a necessidade, a eficácia da prescrição médica e a ausência de medicamento similar incluído em lista que produza idênticos resultados.

37. Guarda inteira pertinência, nesse contexto, a noção de instrumentalismo justo, segundo o qual "A instrumentalidade dá um passo para além da preocupação de dar efetividade às garantias processuais de acesso ao Judiciário. Vai interessar o próprio conteúdo material e substancial garantidos constitucionalmente ao cidadão. Só tem sentido um processo informal nas mãos de juristas preocupados com transformações radicais da sociedade. Pelo princípio da instrumentalidade, o sistema abre a porta do Estado para que, pela via do Poder Judiciário, o cidadão veja implementadas as conquistas sociais tais como previstas na Constituição" (PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 52).

38. Exatamente neste sentido: Turma Regional de Uniformização da 4ª Região (IUJEF 0000474-53.2009.404.7195).

39. Sobre o espinhoso tema do interesse de agir em matéria previdenciária, veja-se: BIGOLIN, Giovani. O requerimento administrativo e o controle judicial dos benefícios previdenciários. In: ROCHA, Daniel Machado (org.). **Direito Previdenciário e assistência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 49-72. Veja-se também nosso **Direito Processual Previdenciário**. 3. ed. Curitiba: Juruá, item 6.2.

40. Sobre o tema do termo inicial dos benefícios concedidos judicialmente, veja-se nosso trabalho "Algumas reflexões sobre a data de início das aposentadorias voluntárias no RGPS concedidas judicialmente". In: **Revista de Previdência Social**, v. 318, p. 422-427, 2007.

41. Em última análise, a Administração Previdenciária não considerou nem recusou considerar esse tempo de contribuição – e talvez reconhecesse a circunstância fática caso lhe fossem apresentados os documentos. Afinal, o indeferimento da aposentadoria se deu levando em conta as informações constantes no sistema próprio da entidade previdenciária e eventuais outros documentos apresentados pelo segurado.

42. Desde logo: essa exigência esvazia o direito constitucional de acesso à justiça, contrasta com o ambiente institucional dos Juizados Especiais e desconsidera a atual orientação jurisprudencial no sentido da desnecessidade de prévio requerimento administrativo (STF, AgRRE 548.676; STJ, REsp 216.468).

43. O descompasso em tese entre o direito a que o segurado faz jus e o seu estado de fato, quando persistente após a prestação da tutela administrativa, caracteriza por si só a lesão de direito que justifica o acesso à justiça. Em outras palavras, "Quando ao direito a uma prestação deixa de corresponder o estado de fato, por não se haver satisfeito a prestação, diz-se lesado o direito" (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 33).

44. Não será uma postura judicial comprometida com o direito fundamental à ação para realização de direito fundamental social que chamará à realidade o pesadelo em que o Judiciário se converte em verdadeiro "balcão do INSS". É fundamentalmente a insuficiência na prestação da tutela administrativa que faz precipitar um volume extraordinário de demandas judiciais. Essa é uma questão estrutural que vitimiza os agentes públicos e segurados da Previdência Social. Trata-se de uma conveniente limitação estrutural, orientada pela lógica do custo-benefício. Essa lógica leva à redução de despesas sociais, mediante recusa de efetiva tutela institucional, quer pela falta de informações fundamentais para o exercício dos direitos de Previdência e Assistência Social, quer pela ausência de real espaço para contraditório e ampla defesa no que se chama "processo" administrativo, quer pelo reticente posicionamento institucional em relação às orientações pretorianas.

45. Com isso se pretende demonstrar a maneira pela qual a **primazia do acerto** se relaciona com outros princípios processuais, destacando também por essa ótica a sua pertinência ao sistema processual.

46. Decisivamente, inexistente segurança de que o que restou **formalizado** no processo administrativo corresponde àquilo que **realmente** se passou em uma agência de atendimento da entidade previdenciária. Tampouco há certeza de que, em determinados casos, o segurado não chega a afirmar uma determinada circunstância fática ou a apresentar determinado documento que é sumariamente descartado e, por isso, sequer integrado aos autos do processo administrativo. Trata-se de conferir primazia à realidade sobre a forma. Como resta **formalizado** o processo administrativo é uma coisa, o que se passa na **realidade**, de conhecimento notório, pode ser algo distinto. Ou não constitui objeto de conhecimento generalizado, por exemplo, a ainda presente recusa administrativa em formalizar requerimentos administrativos por suposta

ausência de direito do segurado? Como tomar como base para a rejeição sumária de direito fundamental um dado tão imperfeito como o processo administrativo que ainda temos?

47. Importa, com efeito, tutelar o mais adequadamente possível o direito de proteção social, “fugindo-se do retardamento de ações cujo objeto tem tamanha relevância e urgência, e dando-se primazia, em última análise, aos direitos fundamentais que estão em jogo – direitos à saúde e à prestação jurisdicional célere” (TRF 4ª Região, AG 5017198-30.2011.404.0000).

48. O processo administrativo previdenciário não se desenvolve em uma dimensão onde o segurando litiga contra a Administração, deduzindo pretensão, alegando todos os fatos de seu interesse etc. Antes, deve ser compreendido como uma relação de cooperação, um concerto em que a Administração deve, em diálogo com o segurado, conhecer a sua realidade, esclarecer-lhe seus direitos e outorgar-lhe a devida proteção social, isto é, a mais eficaz proteção social a que faz jus. Perceba-se, nessa perspectiva, quão impróprio é falar-se em uma necessária e estrita correlação entre as demandas administrativa e judicial.

49. Sobre o tema dos deveres fundamentais, os quais levantam exigências a que se deve vincular a atuação dos indivíduos e dos poderes públicos, vejamos: NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 155-166. Entre nós, vejamos: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 240-245. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. In: LEITE, George Salomão et al (coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 325-343. O direito fundamental à informação pública, associado ao dever fundamental de tornar a atividade estatal acessível ou transparente, sustenta-se no princípio do Estado Democrático de Direito e deriva dos princípios constitucionais administrativos da publicidade e da eficiência. O acesso às informações necessárias para o exercício dos direitos de proteção social constitui, a um só tempo, exigência dos princípios do respeito à pessoa – que se encontra em posição de inferioridade em relação ao Estado – e da boa-fé objetiva, que deve presidir toda relação entre a Administração Pública e o cidadão.

50. Anote-se que a circunstância de o segurado se encontrar assistido por advogado não retira da Administração o dever de orientá-lo e conceder-lhe o benefício mais vantajoso. É intuitivo que a representação por profissional não pode consubstanciar, a um só tempo, fator que desonere a Administração Pública de dever fundamental e instrumento de penalização do segurado. Em suma, a representação por advogado não pode consistir em variável que se transforme em penalização do segurado, mesmo porque é justamente a burocracia e a ineficiência administrativas que levam o segurado a, mediante ônus próprio, contratar representante para sua participação na via administrativa.

51. Em outro trabalho procuramos demonstrar que o argumento é falacioso: “É ilegal o ato administrativo que indefere o requerimento de benefício previdenciário quando o beneficiário, na realidade, preenche todos os requisitos exigidos pela legislação previdenciária” (**Direito Processual Previdenciário**, p. 314). De todo modo, talvez o mais formalista juiz revisor-fiscal de atos do Poder Público reconhecesse, nessas condições, o desacerto da solução judicial que recusa a concessão do benefício ao fundamento de que a comprovação do fato constitutivo do direito se deu apenas em juízo.

52. Neste sentido: “A parte-autora não apresentou administrativamente, por ocasião do pedido de revisão de seu benefício (...), toda a documentação necessária ao reconhecimento da condição especial das atividades ora declaradas insalubres (...). Dessarte, não se pode considerar que a autarquia estivesse em mora anteriormente à data de

sua citação nos presentes autos. II – Sendo assim, o termo inicial da revisão deverá ser a data da citação (...), a teor do disposto no art. 219 do Código de Processo Civil” (TRF 3ª AC 649246).

53. Perceba-se que a falta de princípio a orientar a definição dos termos em que é devida a proteção social pode levar ao equívoco de se pensar o ato decisório como constitutivo do direito: “O reconhecimento da incapacidade da autora para o labor somente se concretizou com a decisão agravada, de modo que os efeitos financeiros deveriam valer a contar da prolação desta. Todavia, com o fito de se evitar que o julgamento desbordasse dos limites da pretensão recursal, tornou-se imperativo o acolhimento da apelação do réu neste item, razão pela qual o termo inicial do benefício foi fixado a contar da data do laudo pericial” (TRF 3ª Região, 10ª Turma, Processo 2011.03.99.008361-1).

54. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. p. 44-46.

55. De outra perspectiva, mas no mesmo sentido, encontra-se a formulação chiovendiana de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. p. 67).

56. Se a **realidade** aponta para a existência do direito fundamental à proteção social, pouco importa o que a sinuante **forma** administrativa está a indicar. Para o caso em análise, é de relevo o que está diante dos olhos do juiz, isto é, que a pessoa efetivamente trabalhou, faz jus e comprovadamente já fazia jus à proteção previdenciária quando do requerimento da tutela administrativa.

57. E tal fenômeno parece ter sido assimilado pela jurisprudência: “É altamente conveniente à Administração Previdenciária socorrer-se, em Juízo, da prova cabal de sua ineficiência e de inaceitável inadimplência na prestação do devido serviço social a seus filiados (Lei 8.213/91, art. 88), buscando convolar ilegal omissão de ativa participação no processo administrativo em locupletamento sem causa, à custa justamente do desconhecimento de seus filiados. Nesse sentido, acrescente-se, tanto mais enriqueceria a Administração quanto mais simples e desconhecedor de seus direitos fosse o indivíduo. (...) Os efeitos da proteção social determinada judicialmente (fixação da DIB ou da nova RMI do benefício) vinculam-se à data do requerimento administrativo, ainda que o processo administrativo não indique que uma específica circunstância fática foi alegada pelo leigo pretendente ao benefício. 8. Pedido de Uniformização conhecido e provido” (Turma Nacional de Uniformização, PEDILEF 200872550057206, Rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, DOU 29.04.2011).

58. Como há um núcleo a ligar o requisito específico dos benefícios de seguridade social por incapacidade, tem-se admitido uma espécie de fungibilidade dos pedidos que buscam sua concessão. Neste sentido: “Em relação ao pedido de concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, não há óbice processual quanto ao seu enfrentamento, ademais quando se está diante de benefícios que possuem origem em evento de risco social comum, qual seja, a incapacitação para o trabalho decorrente de acidente, o qual pode gerar direito à concessão de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente, sendo que a decisão que defere qualquer deles, independentemente de haver pedido expresso, não é *extra petita*” (TRF4, AC 00008928120104049999).

59. Neste sentido: “(...) em razão do caráter social das demandas previdenciárias e acidentárias, pode o julgador conceder benefício diverso ao pedido na inicial se verificado o preenchimento das exigências necessárias para o seu recebimento” (STJ, CC 87.228). Ainda no mesmo sentido: “Cuidando-se de matéria previdenciária, o pleito contido na peça inaugural deve ser analisado com certa flexibilidade. *In casu*, postulada na inicial a concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, incensurável a decisão judicial que reconhece o preenchimento dos

requisitos e concede ao autor o benefício assistencial de prestação continuada" (REsp 847.587).

60. Com esses fundamentos, a relativização do princípio da adstrição da sentença em matéria de proteção social não se limita às hipóteses de concessão de benefícios por incapacidade. Com efeito, tal orientação jurisprudencial tem assegurado, por exemplo, a possibilidade de o juiz conceder o benefício em percentual maior do que o requerido na inicial (REsp 929.942). Para além disso, esse entendimento respalda a concessão de aposentadoria por tempo de serviço pela instância recursal quando a parte postulava revisão da renda mensal de aposentadoria por idade (REsp 1.019.569). Parte-se do pressuposto, em relação a esse último caso, de que a concessão do benefício de aposentadoria por tempo de serviço seria mais benéfica do que a revisão da aposentadoria por idade.

61. Sobre a relação da busca da verdade real com o princípio da imparcialidade judicial, especialmente nas demandas de proteção social, veja-se nosso **Direito Processual Previdenciário**, item 2.8.3.

62. E isso é plenamente justificável: "O princípio da demanda e o dispositivo têm o seu inegável valor, mas não são suficientes, em si mesmos, para infirmar as tendências que advêm da ligação do sistema processual aos fins do Estado" (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 165).

63. Tem-se como justa a decisão judicial que, por um lado, realiza o Direito a partir de uma perspectiva dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais e que, por outro lado, revela-se em sintonia com a realidade dos fatos (verdade real) e com a realidade social. Na medida em que o saber ético depende do caso para alcançar uma constituição equitativa da norma para o problema concreto (exigências de justiça do caso), ainda a equidade consiste em componente indispensável à justiça das decisões judiciais. Em matéria de direitos sociais, essa proposição já era sondada quando se pensou a "solução de equidade com inspiração constitucional" como "peça fundamental para concretização do direito fundamental à subsistência pela proteção social e para tornar nossa realidade social menos injusta" (SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. p. 50).

64. PARIJS, Philippe Van. **Refonder la solidarité**. Paris: Du Cerf, 1999. p. 13.

65. É sempre importante tomar em conta que as necessidades humanas não se limitam à alimentação e higiene, o que era sempre lembrado por Marx, em toda sua eloquência. "Torna-se evidente que a economia política considera o proletário, ou seja, aquele vive, sem capital ou renda, apenas do trabalho e de um trabalho unilateral, abstrato, como simples **trabalhador**. Por consequência, pode sugerir a tese de que ele, assim como um cavalo, deve receber somente o que precisa para ser capaz de trabalhar. A economia política não se ocupa dele no seu tempo livre como homem, mas deixa esse aspecto para o direito penal, os médicos, a religião, as tabelas estatísticas, a política e o funcionário de manicômio" (MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 72).

66. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Traduzido por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 29.

67. WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Traduzido por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

68. Capacidades elementares como "ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc" (SEN,

Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. p. 55-57).

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

SAVARIS, José Antonio. *Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 46, fev. 2012. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao046/jose_savaris.html >

Acesso em: 28 mar. 2012.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS